

A. I. N° - 273307.0013/08-1
AUTUADO - FARMÁCIA GASTE MENOS LTDA.
AUTUANTE - LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVEIA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 17.07.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0224-04/09

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS EFETUADAS POR FARMÁCIA, DROGARIA OU CASA DE PRODUTO NATURAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não se aplicando as regras relativas à retenção e recolhimento do imposto previstas no Convênio ICMS 76/94 pelas empresas localizadas nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, nas aquisições interestaduais de medicamentos sob o regime de substituição tributária o pagamento do ICMS é devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 19/08/2008, exige ICMS no montante de R\$ 66.156,53, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, em função da falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos Anexos 88 e 89 do RICMS/BA. Está registrado no campo DESCRIÇÃO DOS FATOS do Auto de Infração que o contribuinte adquiriu produtos farmacêuticos da PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A, oriundos dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, sem efetuar a antecipação tributária, conforme relação de notas fiscais geradas a partir das informações contidas nos arquivos magnéticos – Convênio ICMS 57/95 – e cópias de notas fiscais anexadas.

O sujeito passivo impugna o lançamento às fls. 710 a 712. Confessa que adquiriu medicamentos da PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A, oriundos dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, sendo que ficaria a cargo do remetente o repasse do tributo devido por substituição tributária ao órgão arrecadador, o que afastaria a cobrança do destinatário, ora autuado. Diz que o auditor fiscal aplica erroneamente a alíquota de 17%, não abatendo o tributo pago quando da aquisição, sob a alíquota de 7%, caracterizando enriquecimento sem causa. Assevera que a MVA aplicada nos cálculos está errada, havendo produtos com margens acima de 70%, sendo que 95% dos medicamentos comercializados encontram-se nas listas positiva e negativa (38,23% e 33,05%). Aduz que o preço máximo ao consumidor (PMC) tem que ser o da época da compra. Levanta suspeitas sobre a licitude da conduta do distribuidor, dizendo que o mesmo já foi penalizado em outros estados por induzir empresas a erros, que deve ser responsabilizado pela exação e que, inclusive, existe a suspeita de que as notas fiscais tenham sido emitidas aqui mesmo em Salvador.

Finaliza requerendo “ser excluído da presente execução, por ser da lei e do direito”.

O autuante apresenta informação fiscal às fls. 720 a 722. Alega que o ICMS é devido, pois os Estados de Minas Gerais e São Paulo não são signatários do Convênio 76/94, ficando o contribuinte varejista da Bahia responsável por recolher o tributo a título de antecipação. Pondera que, conforme demonstrativo de fls. 15 a 142, o cálculo do débito foi efetuado corretamente, tendo sido abatido o imposto relativo à entrada, com a alíquota de 7%. Descreve e especifica cada item

do referido demonstrativo à fl. 720. Afirma que a metodologia utilizada para determinação da base de cálculo está correta, tendo sido utilizado preço máximo de venda ao consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial – PMC (ABCFARMA) das respectivas datas das operações. Na falta deste, tomou por base a MVA da lista negativa (49,08%). Argumenta que as notas fiscais de fls. 143 a 708, entregues pelo fornecedor juntamente com os arquivos magnéticos, comprovam as aquisições interestaduais, pelo que conclui que o Auto de Infração deve ser julgado procedente.

VOTO

Consoante o disposto na Cláusula Primeira do Convênio ICMS 76/94, nas operações com os produtos relacionados no Anexo Único (medicamentos), fica atribuída ao estabelecimento importador ou industrial fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário.

Conforme Despacho COTEPE nº 05 de 01/03/2001, o mencionado Convênio passou a não se aplicar ao Estado de Minas Gerais. Por sua vez, o Convênio 100/03 firmou a adesão de Minas Gerais ao Convênio 76/94, a partir de 01/01/04. Todavia, o Convênio 143, de 12/01/2003, adiou a inclusão para 01/08/04 e em seguida o Convênio 68, de 13/08/04, para 30/09/04. Finalmente, o Convênio 83/04 adiou a inclusão de MG para 01/01/2005. Através do Despacho COTEPE 03/05, com efeitos a partir de 01/01/2005, o Estado de Minas Gerais denunciou o Convênio ICMS 76/94, ficando, portanto, as empresas localizadas naquele Estado eximidas do cumprimento das regras contidas naquele Convênio.

Idêntico raciocínio é aplicável nas aquisições de medicamentos originários do Estado de São Paulo, pois o Ato COTEPE-ICMS 15/97, com efeitos a partir de 01/11/1997, dispôs sobre a não aplicação a esta unidade federada das normas contidas no Convênio ICMS 76/94.

Desta forma, não se aplicando as regras relativas à retenção e recolhimento do imposto previstas no Convênio ICMS 76/94 às empresas localizadas nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, nas aquisições interestaduais de medicamentos sob o regime de substituição tributária, o pagamento do ICMS é devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes, conforme disposto no art. 371, ressalvadas as hipóteses do art. 355 e nos prazos previstos no art. 125 do RICMS/BA.

Assim, tem fundamento jurídico a exigência tributária em tela, pois trata de aquisições de medicamentos originários dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, conforme cópias de notas fiscais às fls. 143 a 708, nas quais o destinatário tinha por obrigação efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação parcial, nos moldes dos supracitados artigos do RICMS/BA. Registre-se que o mesmo, na peça de impugnação, confessou ter efetuado as aquisições interestaduais.

No tocante à alegação defensiva de que a PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A deve ser responsabilizada pelo pagamento do ICMS por antecipação parcial, em virtude de suposta ilicitude de conduta, observo que na situação presente todas as notas fiscais objeto da autuação foram emitidas pelas unidades da PROFARMA localizadas nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, que, conforme foi dito anteriormente, denunciaram o Convênio ICMS 76/94. Por conseguinte, as empresas localizadas em tais unidades federadas estão desobrigadas de proceder à retenção e ao recolhimento do imposto, cabendo tão somente ao destinatário fazê-lo, na condição de contribuinte substituto, conforme previsto na legislação estadual da Bahia. Igualmente, considerações de natureza subjetiva, a conduta suspeita ou ilícita, não cabem na aplicação das normas impositivas de obrigações tributárias.

Conforme disposto no art. 61, § 5º, inciso I do RICMS/BA, para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento, nas operações com os produtos farmacêuticos e demais mercadorias especificadas na alínea "p" do inciso II do art. 353, foi recepcionado o

Convênio ICMS 76/94 em relação àquilo que este for aplicável. Por sua vez, a Cláusula Segunda do mencionado Convênio determina que a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, será o valor correspondente ao preço máximo de venda ao consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial – PMC (ABCFARMA). Na falta deste, toma-se por base o montante formado pelo preço praticado pelo remetente incluído o valor do IPI, frete e demais despesas e sobre este montante o percentual da margem de valor agregado – MVA.

Pelo exposto, está correta a aplicação do PMC na apuração da base de cálculo do ICMS devido por antecipação em relação aos produtos constantes da tabela publicada pela ABCFARMA, inclusive contemplando a redução de 10% prevista na legislação, conforme demonstrativo de fls. 15 a 142.

Na falta de PMC, a autuante tomou como base o preço praticado pelo remetente, mais IPI, frete e demais despesas e sobre este montante, aplicou o percentual de MVA previsto na lista negativa (49,08%). As MVAs de 33,05% e 38,23% são previstas para as operações interestaduais com alíquota de 12%, e na situação presente, sendo as mercadorias oriundas de SP e MG, cuja alíquota é de 7% é correta a MVA de 12%. Verifico que este percentual resta previsto na Tabela constante da Cláusula segunda, parágrafo 1º, item 1 do Convênio ICMS 76/94. Portanto, também está correta a aplicação da MVA para apurar a base de cálculo dos produtos não constantes da Tabela ABCFARMA.

Concluo que a metodologia utilizada pela autuante na apuração da base de cálculo está correta, levando em consideração primeiro o PMC dos produtos relacionados na lista ABCFARMA e, na falta deste, o preço praticado pelo remetente, acrescido do IPI, frete e demais despesas, sobre este montante aplicada a MVA.

Conforme demonstrativo de fls. 15 a 142, o cálculo do débito foi efetuado corretamente, tendo sido abatido o ICMS de entrada com a alíquota de 7%. A alíquota de 17% destacada no corpo do auto de infração não surte efeitos no cálculo do tributo devido, pois ali está apenas para demonstrar a base de cálculo do ICMS a pagar, que foi corretamente calculado no demonstrativo elaborado pelo autuante (fls. 15 a 142).

Em face dos elementos de fato e de direito que fazem parte deste PAF, concluo que foi correta a autuação. Infração caracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **273307.0013/08-1**, lavrado contra **FARMÁCIA GASTE MENOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 66.156,53**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de julho de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR